

ERYK KOSIŃSKI, DANIEL WOJTCZAK

PRAWNA DOPUSZCZALNOŚĆ I ŚRODKI RELATYWIZACJI ZAKAZU NADUŻYCIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ W POLSCE

I. WSPÓŁCZESNE SYSTEMY OCHRONY KONKURENCJI

Konieczność ochrony konkurencji jako zjawiska ekonomicznego, społeczno-politycznego oraz prawnego nie budzi obecnie większych wątpliwości ani wśród reprezentantów poglądów skrajnie liberalnych ekonomicznie, ani wśród zwolenników państwa dobrobytu socjalnego¹. Nabiera ona szczególnej mocy, ponieważ wolność gospodarcza ani wolna konkurencja nie stanowią elementów stanu naturalnego².

Na przestrzeni historii wprowadzania prawnych regulacji ochrony konkurencji wyróżnić można dwa zasadnicze systemy (typy, modele) takich regulacji: system oparty na zakazie (zasada zakazu, niem. *Verbotssprinzip*) oraz system oparty na zasadzie tak zwanej kontroli nadużywania (czy nadużycia, niem. *Missbrauchsprinzip*, *Missbrauchssystem*, ang. *control of abuses*)³. Pierwszy model ochrony konkurencji polega na wprowadzeniu prawnego zakazu stosowania określonych praktyk ograniczających konkurencję o charakterze bezwzględny (*per se*). Drugi model z kolei opiera się na państwowym nadzorze o charakterze *ex post*. W tym modelu wszelkie praktyki rynkowe co do istoty są dozwolone, niemniej podlegają państwowemu nadzorowi (w konsekwencji wymieniony system można także określić systemem państwowego nadzoru nad porozumieniami i innymi praktykami⁴). W razie stwierdzenia naruszenia konkurencji organy państwa interweniują poprzez właściwe nakazy i zakazy skierowane do podmiotu nadużywającego wolności gospodarczej⁵. Zauważyć należy, że bezwzględność zakazu w systemie opartym na zakazie może ulec modyfikacji poprzez jego określoną relatywizację (system zakazu względnego).

¹ Szeroko nt. poglądów w tym zakresie w: E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Poznań 2007, s. 49 i n.

² Por. ibidem, s. 46-47; A. Herman, *Charakter i ewolucja współczesnych rynków konkurencyjnych*, w: W. Szymański (red.), *Przedsiębiorstwo. Rynek. Konkurencja*, wyd. 2, Warszawa 1996, s. 70.

³ Mowa o administracyjnej kontroli (nadzorze) nadużywania. Tym samym model prawnej ochrony konkurencji oparty na kontroli nadużywania od początku różnił się od systemu amerykańskiego, w którym dużą rolę pełni skarga prywatna.

⁴ Pierwotnie projekt polskiej ustawy o kartelach z 1933 r. nosił tytuł: ustawa o nadzorze państwa nad kartelami. Zob. Z. Landau, *Rozwój ustawodawstwa kartelowego w Polsce międzywojennej na tle polityki kartelowej rządu*, „Kwartalnik Historyczny” 1972, nr 1, s. 79.

⁵ Zob. M. Drahos, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community. Germany, Austria and Netherlands*, The Hague-London-Boston 2001, s. 52.

Pierwszą nowoczesną, kompleksową regulację ochrony konkurencji wprowadziła amerykańska ustawa Shermana z 1890 r. (§ 1-3)⁶. Oparta ona została na modelu zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (zakaz *per se*). W § 1 ustawy Shermana zakazano wszelkich porozumień w formie umowy, związku (kartelu, *combination*), trustu czy spisku (*conspiracy*)⁷, ograniczających handel („in restraint of trade or commerce”) pomiędzy kilkoma stanami lub z obcymi państwami; w § 2 – dążenia do monopolizacji oraz monopolizacji handlu pomiędzy kilkoma stanami lub z obcymi państwami („to monopolize any part of the trade or commerce”); a w § 3 – tych samych praktyk na obszarze tak zwanych terytoriów i Dystryktu Columbia⁸.

Także na systemie zakazu opierały się pierwsze europejskie regulacje ochrony konkurencji. Bezspornie prekursorem w dziedzinie ochrony konkurencji było Cesarstwo Austriackie. Zarówno Patent cesarski z 1838 r. (zakaz porozumień dostawców na przetargach publicznych), jak i ustawa koalicyjna z 7 kwietnia 1870 r. (*Koalitionsgesetz*) wprowadzały zakaz stosowania określonych praktyk rynkowych⁹. Tą samą drogą w sferze prawnej ochrony konkurencji podążyło (z wyjątkiem Zjednoczonego Królestwa) ustawodawstwo krajów anglosaskich: Australii (1906 r.), Kanady (1889 i 1923 r.) oraz Nowej Zelandii (1910 r.)¹⁰.

Jednakże ustawodawstwo ochrony konkurencji powszechnie wprowadzane w państwach europejskich po I wojnie światowej realizowało zasadę kontroli nadużywania, którą definiowano jako zasadę kontroli i jawności, reglamentacji oraz represji w wypadku kolizji z interesem publicznym oraz interesem prywatnoprawnym godnym ochrony¹¹. Spośród państw europejskich, które przyjęły regulacje prawne oparte na zasadzie kontroli nadużywania, wymienić można Norwegię (1920 i 1926 r.), Niemcy (1923 r.), Szwecję (1925 r.), Danię (1931 r.), Bułgarię (1931 r.), Polskę (1933 i 1939 r.), Czechosłowację (1933 r.) czy Holandię (1935 r.).

⁶ Zob. m.in. D. A. Yao, S. S. DeSanti, *Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion*, „The Antitrust Bulletin” 1993, Spring, s. 114 i n.; H. First, *The Three Cheers for Antitrust*, w: M. du Vall (red.), *Current Problems of Laws Protecting Competition. A Collection of Essays on the Laws of the USA, Japan, European Union, Germany and Poland*, Kraków 1994, s. 11 i n.

⁷ Na temat rozumienia terminu „porozumienie” w ustawie Shermana: D. A. Yao, S. S. DeSanti, op. cit., s. 114-121.

⁸ USA początkowo składały się z niepodległych stanów, dawnych kolonii brytyjskich, które przystąpiły do Konfederacji, a później do Federacji Stanów (pierwotnie 13), oraz z terytoriów (jak np. Terytorium Florydy), które przejmowane były przez Stany Zjednoczone w drodze późniejszych podbojów bądź zakupów.

⁹ Zob. J. Maitland-Walker (red.), *Competition Laws of Europe*, London-Charlottesville-Dublin-Durban-Edinburgh-Kuala Lumpur-San Juan-Singapore-Sydney-Toronto-Wellington 1995, s. 53; K. Kolischer, *Ustawodawstwo wobec kartelów*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1998, z. 6, s. 464 i n.; D. J. Gerber, *Europe and the Globalization of Antitrust Law*, „Connecticut Journal of International Law” 14, 1999, s. 19; idem, *The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria*, „American Journal of Legal History” 36, 1992, s. 424 i n.; idem, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 1998, s. 42 i n.

¹⁰ Szerzej m.in.: T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890-1989*, Warszawa 1990.

¹¹ Tak prof. Ferdynand Zweig w 1929 r. na Zjeździe Ekonomistów w Poznaniu. Zob. S. Dziewulski, *Zagadnienie kartelizacji w Polsce*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1933, z. 3, s. 155.

Po II wojnie światowej (lata 50. XX w.) w państwach Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej dominował system kontroli nadużywania, niemniej część państw członkowskich w ogóle prawa ochrony konkurencji nie miała (Włochy, Luksemburg)¹². Na kontroli nadużywania oparte były brytyjskie ustawy (1948, 1956, 1973, 1976 i 1980 r.)¹³. Ponadto ten sam model ochrony konkurencji realizowały: francuskie ordonanse (1945 i 1967 r.)¹⁴, ustawy duńskie: (1951 r. oraz z 1989 r.)¹⁵, szwedzkie (z 1953 r. oraz z 1982 r.)¹⁶, holenderska (1956 r.), belgijska (1960 r.)¹⁷, fińskie (z 1957 r., 1964 r. oraz 1988 r.)¹⁸, luksemburska (1970 r.)¹⁹, irlandzkie (z 1972 r. i 1978 r.)²⁰. Zasadniczo punktem centralnym wymienionych regulacji było przeciwdziałanie nieuzasadnionym wyżynom cen²¹.

Nadal na zasadzie kontroli nadużywania w podstawowym zakresie opiera się austriacka ustawa o kartelach i innych ograniczeniach konkurencji z 19 października 1988 r.²² Najnowszą ustawę opartą na przedmiotowym systemie wprowadziła Szwajcaria: federalna ustawa z 6 października 1995 r. o kartelach i innych ograniczeniach konkurencji²³.

Poważna zmiana w podejściu do modelu ochrony konkurencji w Europie nastąpiła pod koniec lat 50. XX w. Przejawem wspomnianego procesu są nowe regulacje prawne oraz odpowiednie nowelizacje dotychczasowych przepisów, czego doskonałym przykładem może być niemiecka ustawa przeciw ograniczeniom konkurencji z 27 lipca 1957 r. Nowelizacja tej ustawy z 26 sierpnia 1998 r.²⁴ zbliżyła ją do regulacji Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

¹² Zob. m.in. M. M. Roggenkamp, A. Rønne, C. Redgwell, I. Del Guayo (red.), *Energy Law in Europe. National, EU and International Law and Institutions*, Oxford 2001, s. 230; D. G. Goyder, *EC Competition Law*, wyd. 4, Oxford 2003, s. 28.

¹³ Zob. m.in. J. Douglass Klein, *Cooperation and the Per Se Debate: Evidence from the United Kingdom*, „Antitrust Bulletin” 1989, Fall, s. 517-518, 521 i n.; J. Maitland-Walker, *The New U.K. Competition Law Regime*, „ECLR” 1999, nr 2, s. 51; J. Nazarali, D. Cowan, *Importing the E.U. Model into U.K. Competition Law: A Blueprint for Reform or a Step into „Euroblivion”?*, „ECLR” 1999, nr 2, s. 55-56; J. D. C. Turner, *The U.K. Competition Act 1998 and Private Rights*, „EIPR” 21, 1999, nr 4, s. 181 (= „ECLR” 1999, nr 2, s. 62).

¹⁴ Zob. D. J. Gerber, R. Azarnia, *Dirigisme and the Challenge of Competition Law in France*, „Cardozo Journal of International and Comparative Law” 3, 1995, s. 14-15.

¹⁵ Zob. E. Mohr Mersing, w: J. Maitland-Walker (red.), op. cit., s. 97 i n.

¹⁶ Szerzej: D. J. Gerber, *Antitrust Law and Economic Analysis: The Swedish Approach*, „Hastings International and Comparative Law Review” 8, 1984, s. 3 i n.

¹⁷ Zob. I. van Bael, w: J. Maitland-Walker (red.), op. cit., s. 67; J. Ysewyn, *What Belgium Has to Offer Foreign Competition Complainants*, „ECLR” 1997, nr 1, s. 57 i n.

¹⁸ Zob. S. Relander, Ch. Wik, J. Ratliff, *Finnish Competition Law and Practice: An Evolving Picture*, „ECLR” 1998, nr 7, s. 455-456.

¹⁹ Zob. F. Brausch, H. Beythan, w: J. Maitland-Walker (red.), op. cit., s. 283 i n.

²⁰ Zob. V. Power, *E.C. Competition Law in the U.K.: Learning from the Irish Experience*, „ECLR” 2000, nr 2, s. 64-65.

²¹ Zob. D. J. Gerber, *Antitrust Law and Economic Analysis: The Swedish Approach*, op. cit., s. 6; D. J. Gerber, R. Azarnia, op. cit., s. 14-15.

²² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz; zob. m.in. M. Parschalk, *Vertical Restraints on Competition: Selective Distribution, Exclusive Distribution and Exclusive Purchasing Systems in Austria*, „ECLR” 1998, nr 7, s. 425 i n.

²³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, <http://www.admin.ch/>.

²⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (dalej jako: GWB). Nowelizacja z datą wejścia w życie z dniem 1 stycznia 1999 r., BGBl. I, s. 2546.

oraz ustawy Shermana²⁵; w ustawie zabroniono *expressis verbis* (§ 1 i § 14: „Vereinbarungen [...] sind verboten”) zarówno porozumień horyzontalnych (których celem bądź skutkiem jest ograniczenie konkurencji – § 1 GBW), porozumień wertykalnych ograniczających wolność strony do określania cen bądź innych warunków handlowych w stosunkach z osobami trzecimi (§ 14 GBW), jak i nadużywania pozycji dominującej (§ 19 GBW: „Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten”)²⁶.

Ponadto system zakazu przyjęły: Portugalia (1983 i 1993 r.)²⁷, Francja (1986 r.)²⁸, Hiszpania (1989 r.)²⁹, Włochy (1990 r.)³⁰, Irlandia (1991 r.)³¹, Finlandia (1992 r.)³², Szwecja (1993 r.)³³, Turcja (1994 r.)³⁴, Dania (1997 r.)³⁵. Podobne ustawodawstwo przyjęły wszystkie kraje Europy Środkowej i Wschodniej, należące niegdyś do bloku komunistycznego (m.in. Polska – 1987, 1990, 2000 i 2007 r.; Litwa – 1992 i 1999 r.; Rumunia – 1996 r.; Węgry – 1996 r.).

II. ŚRODKI RELATYWIZACJI ZAKAZU STOSOWANIA PRAKTYK OGRANICZAJĄCYCH KONKURENCJĘ

W systemie opartym na zakazie stosowania praktyk ograniczających konkurencję niezbędne staje się wprowadzenie określonych mechanizmów (środków) prawnych relatywizujących te zakazy, gwarantujących określony

²⁵ Wcześniej ustawa opierała się na systemie kontroli nadużycia. Zob. m.in. E. Kosiński, op. cit., s. 92-93; R. Janusz, T. Skoczny, w: *Niemiecka ustawa kartelowa*, Warszawa 1995; N. Horn, H. Kötz, H. G. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, tłum. T. Weir, Oxford 1982, s. 42 i n.; M. Heidenhain, H. Schneider, *German Antitrust Law. An Introduction to the German Antitrust Law with German Text and Synoptic English Translation of the Act Against Restraints of Competition*, wyd. 4 poprawione i rozszerzone, Frankfurt am Main 1991, s. 261 i n.

²⁶ Niemniej należy podkreślić, że nadal systemowi kontroli nadużycia podlegają pozostałe porozumienia wertykalne. Zob.: *National Reports*, „ECLR” 1999, nr 2, s. N-26-27.

²⁷ Zob. N. Gonçalves, w: J. Maitland-Walker (red.), op. cit., s. 321 i n.

²⁸ Szeroko na temat przesłanek wprowadzenia pierwszej nowoczesnej ustawy antymonopolowej we Francji w: D. J. Gerber, R. Azarnia, op. cit., s. 15 i n.

²⁹ Zob. M. Odriozola, *Spain Introduces Mandatory Merger Control*, „ECLR” 1999, nr 6, s. 342; E. Navarro Varona, *Amendments to the Spanish Law for the Defence Competition*, „ECLR” 2000, nr 4, s. 235 i n.

³⁰ Zob. *Zachodnioeuropejskie ustawy antymonopolowe I*, wpraw. R. Janusz, Warszawa 1995, s. 119 i n.; L. Malferrari, *Lack of Competition in the Italian Postal Sector*, „ECLR” 2004, nr 1, s. 48; M. Franzosi, M.-H. Polo, *Italian Antitrust Law: A Survey of Twenty-Eight Cases*, „ECLR” 1999, nr 5, s. 299; D. C. Donald, *Comments on the Italian Antitrust Law of October 10, 1990*, „International Law” 26, 1992, s. 201 i n.

³¹ Zob. tekst ustawy w języku polskim w: *Zachodnioeuropejskie ustawy antymonopolowe I*, s. 157 i n. Ustawa ta zastąpiona została aktualnie obowiązującą ustawą nr 14 z 10 kwietnia 2002 r. o konkurencji (*Competition Act*), <http://www.tea.ie.competitionact.html>.

³² Zob. S. Relander, Ch. Wik, J. Ratliff, op. cit., s. 455 i n.

³³ Zob. M. Sideek, *Competition Rules of Sweden and the European Union Compared*, „ECLR” 1998, nr 4, s. 237 i n.

³⁴ K. Doğan Yenisey, *Prohibition of Cartels in Turkey*, „ECLR” 2002, nr 1, s. 26 i n.; G. Öz, *Competition Law and Practice in Turkey*, „ECLR” 1999, nr 3, s. 149 i n.; F. Crotti, M. Kasman, *Turkey's New Merger Control Legislation*, „ECLR” 1998, nr 6, s. 370.

³⁵ Zob. N. Blomgren-Hansen, H. Peter Møllgaard, *The Ineffective Harmonisation of Danish Competition Law*, „ECLR” 1999, nr 5, s. 287-288; M. Kofmann, *The Danish Competition Act*, „ECLR” 1998, nr 5, s. 269 i n.

stopień ich względności. Wskazana konieczność jest następstwem dostosowania przedmiotowych zakazów do warunków zarówno gospodarczych, jak i społecznych panujących w danym czasie. Stąd relatywizacja zakazów stanowi ich jednoczesną racjonalizację – ekonomiczną (ang. *consumer welfare*)³⁶ lub/albo społeczną (*social welfare*).

Względność (relatywizm) zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję pozwala, tam gdzie jest to konieczne, na bardziej elastyczne i zróżnicowane traktowania określonych sektorów gospodarki i określonych przedmiotowo działań przedsiębiorców na rynku³⁷.

Relatywizacja zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję z oczywistych przyczyn jest bezprzedmiotowa w systemie kontroli nadużywania. Wynika to z tego, że w systemie kontroli nadużywania racjonalizacja działań państwa względem przedsiębiorców i ich praktyk jest niezwykle łatwa. Gdzie praktyki dają się uzasadnić na gruncie ekonomicznym bądź społeczno-politycznym, państwo powstrzymuje się od działania (zachowanie pasywne). Tymczasem w systemie zakazu państwo interweniuje apriorycznie, a ewentualna relatywizacja zakazu może nastąpić na etapie stosowania prawa (norm prawnych).

Po pierwsze mechanizmy relatywizacji zakazów antymonopolowych podzielić można na środki stosowane uprzednio (*ex ante*) oraz środki stosowane następnie (*ex post*). Wydaje się, że środki apriorycznego wyłączenia (uchylania) obowiązywania określonych zakazów antymonopolowych *vis-à-vis* środków stosowanych następnie (*ex post*) uznać należy za trafniejsze. Te drugie bowiem (realizowane na etapie stosowania prawa, w tym tzw. doktryny orzecznicze) mogą nieść ze sobą określone negatywne skutki, jak brak pewności prawa, brak poszanowania dla prawa („szara strefa antymonopolowa” w obszarze „niepewności” co do oceny działania danego przedsiębiorcy), możliwość różnego traktowania podobnych zachowań przez różne sądownictwa orzekające właściwych sądów (co oznacza nierówne traktowanie przedsiębiorców), uzależnienie przedsiębiorców od ekspertyz prawniczych (co oznacza konieczność ponoszenia dużych wydatków we wskazanym zakresie), wydłużenie procedur

³⁶ Na temat pojęcia „consumer welfare”, zob. fundamentalne prace: R. H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept Price Fixing and Market Division I*, „Yale Law Journal” 74, 1965, s. 775 i n.; idem, *The Rule of Reason and the Per Se Concept Price Fixing and Market Division II*, „Yale Law Journal” 75, 1966, s. 373 i n.; idem, *Resale Price Maintenance and Consumer Welfare*, „Yale Law Journal” 77, 1968, s. 950; idem, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York 1978. Jednocześnie wskazać należy na polemikę R. Borka i reprezentantów szkoły harwardzkiej ze szkołą chicagowską na tle rozumienia pojęcia „dobrobyt konsumencki”. Według Louisa Kaplowa literalnie „dobrobyt konsumencki” może być rozumiany jako dobrobyt skierowany bezpośrednio do konsumentów, nie zaś do przedsiębiorców (bez bezpośrednich wymiernych korzyści dla konsumentów). Stąd L. Kaplow pisze o „substantial ambiguity” tego pojęcia; trafnie też zauważał, że w potocznym rozumieniu „consumer welfare” odbierane jest jako „welfare of consumers”, co nie jest tożsame z „economic efficiency”. Zob. L. Kaplow, *Antitrust, Law & Economics, and the Courts*, „Law and Contemporary Problems” 50, 1987, s. 202 i n. Warto także zwrócić uwagę na definicję „consumer welfare” autorstwa Ph. Areedy, innego reprezentanta szkoły harwardzkiej: „Consumer welfare” embraces what individual consumers are entitled to expect from a competitive economy”. Tych, którzy utożsamiają „consumer welfare” z wydajnością ekonomiczną, nazywa „ekstremistami” („efficiency extremists”). Zob. Ph. Areeda, *Introduction to Antitrust Economics*, „Antitrust Law Journal” 52, 1983, s. 536.

³⁷ Por. E. Kosiński, op. cit., s. 102 i n., 505 i n.

antymonopolowych (konieczność przeprowadzenia pogłębionej analizy faktycznej i ekonomicznej, ekspertyzy biegłych z dziedziny ekonomii) oraz ogólnie wysoki koszt procesu administracyjnego i sądowego³⁸.

Pośród środków stosowanych uprzednio wyróżnić należy wyłączenia określone wyłączeniami generalnymi (z zasady podmiotowe) oraz szczególnie wyłączenia określone zwolnieniami (z zasady przedmiotowe, ale też podmiotowe, przede wszystkim tzw. wyłączenia grupowe, *block exemptions*)³⁹. U podstaw wprowadzania wyłączeń generalnych z zasady leżą przesłanki społeczno-polityczne (*social welfare*). Wyłączenia z zasady mogą dotyczyć zarówno zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję, jak i zakazu nadużywania pozycji dominującej. Z kolei zwolnienia (w tym wyłączenia grupowe) znane ustawodawstwu Unii Europejskiej (art. 101 ust. 3 TfUE⁴⁰, d. art. 81 ust. 3) oraz regulacjom prawnym państw członkowskich, w tym Polski, mają podłoże zasadniczo ekonomiczne (*consumer welfare*)⁴¹.

Wyłączenia grupowe w porównaniu z wyłączeniami generalnymi (wyłączeniami *sensu stricto*) stanowią trafny środek relatywizacji zakazów stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Zauważyć należy, że są one odpowiednikiem amerykańskiej reguły rozsądku (*rule of reason*). Ponadto wskazać należy, że wyłączenia grupowe uwzględniają specyfikę określonych sektorów gospodarki, tym samym w optymalnym zakresie są w stanie zagwarantować racjonalizację ekonomiczną oraz ewentualnie racjonalizację społeczną (w koniecznym zakresie). Jednocześnie w optymalny sposób gwarantują one pewność obrotu gospodarczego (stanowiąc tzw. bezpieczne zatoki, *safe harbours*). Z drugiej strony wyłączenia grupowe z zasady nie powinny być niezmiennie, co także stanowi ich zaletę. Wydawane są one za określony czas i w pełni są otwarte na empiryczną ocenę funkcjonowania rynku i określonych sektorów gospodarki.

III. PODSTAWA PRAWNA ZAKAZU NADUŻYCIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ W POLSCE ORAZ W UNII EUROPEJSKIEJ

Przepis art. 9 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁴², podobnie jak art. 102 TfUE, wyraża generalny zakaz nadużywania pozycji dominującej⁴³, nie przewidując wprost żadnego

³⁸ Por. M. Crane, *The Future Direction of Antitrust*, „Antitrust Law Journal” 56, 1987 s. 15-19.

³⁹ Zakres wyłączeń grupowych także ma charakter generalny względem określonych kategorii działań lub podmiotów.

⁴⁰ Wersja skonsolidowana TfUE, Dz. Urz. UE C 115 z 9 maja 2008 r., s. 47.

⁴¹ Od tej reguły jednakże zdarzają się wyjątki, jak w wypadku sektora transportu morskiego czy sektora motoryzacyjnego.

⁴² Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm. (dalej jako: u.o.k.k.).

⁴³ Pozycja dominująca to pozycja przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów kontrahentów oraz konsumentów – art. 4 pkt 10 u.o.k.k. Powyższa definicja opiera się wyraźnie na wzorcu określonym przez ETS w wyroku z 14 lutego 1978 r., C-27/76, *United Brands Company i United Brands Continental BV przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 207, pkt 65.

wylączenia określonego rodzaju praktyk czy to *ex ante*, czy też *ex post* w akcie stosowania tego zakazu. Zakaz nadużywania pozycji dominującej ma charakter bezwzględny i nie ma formalnie możliwości zastosowania konstrukcji uchylenia tego zakazu (jego relatywizacji), typowej dla przepisów dotyczących porozumień (także opartych na zasadzie zakazu)⁴⁴. Całkowity i bezwarunkowy zakaz nadużywania pozycji dominującej może być jednak trudny do utrzymania w konkretnych przypadkach, zwłaszcza gdy istnieje społeczne lub gospodarcze uzasadnienie dla określonej praktyki.

Polskie prawo konkurencji, wzorem prawa Unii Europejskiej, nie wprowadza zatem mechanizmów relatywizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej w akcie rangi ustawowej lub w akcie wykonawczym ani nie przewiduje możliwości racjonalizacji tego zakazu *ex post* pod warunkiem spełnienia wyraźnie określonych w przepisach warunków wylączenia praktyki spod tego zakazu⁴⁵. Ze względu na brak przesłanek ustawowych racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej jest obecnie możliwa jedynie w toku stosowania prawa, w drodze wypracowania przez orzecznictwo określonych wyjątków od tego zakazu⁴⁶. Podkreślenia wymaga, że w przeszłości istniała w prawie polskim możliwość racjonalizacji tego zakazu w oparciu o przesłanki określone w ustawie z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym⁴⁷. Racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej w prawie polskim nie jest zatem zjawiskiem nowym, albowiem określona jej forma występowała w latach 90. XX w.

Próba usystematyzowania wyjątków orzeczniczych od zakazu nadużywania pozycji dominującej wiąże się ściśle z tak zwaną modernizacją prawa konkurencji UE w odniesieniu do stosowania art. 102 TfUE wobec praktyk antykonkurencyjnych⁴⁸. Przyjęcie przez Komisję Europejską wytycznych w sprawie priorytetów stosowania art. 102 TfUE stanowiło zwięźcenie kilkuletniego procesu przeglądu dotychczasowego orzecznictwa, a wytyczne te określiły nowe zasady stosowania tego zakazu, które mają zapewnić większą konwergencję pomiędzy stosowaniem wszystkich reguł konkurencji (m.in. poprzez większe uwzględnienie dorobku nauk ekonomicznych w stosowaniu art. 102 TfUE). Jednym z celów modernizacji stosowania tego zakazu było

⁴⁴ A. Stawicki, w: idem, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 298-299.

⁴⁵ T. Skoczny, *Instrumenty relatywizacji i racjonalizacji Zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, w: *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga Jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 249; D. Miąsik, w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 453.

⁴⁶ T. Skoczny, *Instrumenty...*, s. 249. Autor określa wyjątki opracowane przez orzecznictwo mianem poszczególnych „doktryn orzeczniczych”.

⁴⁷ Tekst jedn.: Dz. U. 1999, Nr 52, poz. 547 ze zm. (dalej jako: u.p.p.m.). Ustawa ta przewidywała w art. 6 możliwość wylączenia określonej praktyki spod zakazu nadużywania pozycji dominującej w akcie stosowania prawa, jeżeli praktyka była niezbędna ze względów techniczno-organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej i nie powodowała istotnego ograniczenia konkurencji (tzw. reguła rozsądku).

⁴⁸ *Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE [obecnie art. 102 TfUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominującej z 9.02.2009, K (2009) 864* (dalej jako: Komunikat Komisji).

wyraźne dopuszczenie wyjątków od tego zakazu w sytuacji, gdy zachowanie dominanta, mimo pewnych antykonkurencyjnych skutków, posiada określone uzasadnienie ekonomiczne bądź społeczne⁴⁹.

Mimo że Komisja Europejska wydała wytyczne w sprawie art. 102 TfUE, wiele elementów reformy stosowania tego zakazu pozostało nierozwiązanych. Wynika to zarówno z pozostawienia przez Komisję niektórych problemów nierozstrzygniętych, jak również z wątpliwości co do tego, w jakim stopniu przedstawione propozycje zostaną uwzględnione w procesie stosowania prawa ochrony konkurencji przez Komisję Europejską oraz Sądy UE, które ostatecznie decydują o zakresie tego zakazu.

W polskiej doktrynie zauważa się, że podobna funkcja art. 9 u.o.k.k. i art. 102 TfUE przemawia za dopuszczalnością zwolnienia określonych zachowań dominanta spod zakazu na podstawie racjonalizacji opartej na określonych wyjątkach orzeczniczych⁵⁰. Nie jest jednak oczywiste, czy stosowanie polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej powinno bezkrytycznie odzwierciedlać wytyczne Komisji Europejskiej, i rodzi się pytanie, w jaki sposób prawo polskie powinno realizować zarysowane ogólnie przez Komisję sposoby racjonalizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej. Powyższe wynika nie tylko z braku ugruntowanej praktyki racjonalizacji art. 102 TfUE, lecz także z braku obowiązku zapewnienia pełnej konwergencji pomiędzy art. 102 TfUE a art. 9 u.o.k.k. w odniesieniu do praktyk o wymiarze wyłącznie krajowym⁵¹. W przypadku stosowania wyłącznie polskiego prawa konkurencji nie istnieje formalny obowiązek prowspólnotowej wykładni prawa konkurencji, co podkreślał wyraźnie Sąd Najwyższy⁵². Ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wydaje się korespondować praktyka Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który powołuje się na wytyczne Komisji wyłącznie w sprawach, w których równocześnie stosowane są przepisy polskiego oraz europejskiego prawa konkurencji⁵³. Oczywisty jest fakt, że przepisy polskie są wzorowane na TfUE, dlatego ich interpretacja z natury rzeczy powinna mieć na uwadze prawo unijne. Wątpliwe może być jednak proste kopiowanie rozwiązań proponowanych przez Komisję Europejską we wszystkich przypadkach.

IV. AKSJOLOGICZNE PODSTAWY RELATYWIZACJI ZAKAZU NADUŻYWANIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Orzecznicza racjonalizacja zakazu nadużywania pozycji dominującej, wobec braku przesłanek ustawowych, musi opierać się na odwołaniu do aksjologii ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zapewnienie zgodności aksjo-

⁴⁹ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2008, s. 310; A. Jurkowska, w: A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2009, s. 457.

⁵⁰ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 352-353.

⁵¹ Art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. U. UE L 1 z 4 stycznia 2003 r., s. 1.

⁵² Wyrok SN z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, OSNP 2008, nr 1-2, poz. 25.

⁵³ Decyzja Prezesa UOKiK z 16 sierpnia 2010 r., DOK 8/2010.

logicznej pomiędzy stosowaniem poszczególnych zakazów składających się na prawo konkurencji stanowi podstawę modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej⁵⁴. Za dozwolone zachowanie należy uznać zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym, które – mimo że spełnia przesłanki uznania jej za praktykę naruszającą art. 9 ust. 1 u.o.k.k., w szczególności podlega pod jeden z przykładowych typów praktyk określonych w art. 9 ust. 2 u.o.k.k. – to jednak nie godzi w aksjologię ustawy⁵⁵.

Cele stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej nie są oczywiste. Wątpliwości związane z aksjologią art. 102 TfUE oraz ich zgodność z rozwojem nauk ekonomicznych stanowiły jedną z przyczyn modernizacji stosowania tego zakazu. Dotychczasowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w przeważającej mierze stanowiło wyraz wpływu doktryny ordoliberalnej⁵⁶ na stosowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej, co przejawiało się w przywiązywaniu nadmiernej wagi do ochrony samodzielności przedsiębiorców i ochrony konkurencyjnej struktury rynku, która jest osłabiona samym istnieniem dominanta⁵⁷. Skutkiem oparcia aksjologii art. 102 TfUE na ochronie konkurencyjnej struktury rynku było stosowanie tego zakazu, bez dokonywania analizy skutków konkretnej praktyki, jako zakazu określonych praktyk *per se* – praktyk, które mają tendencję do ograniczania konkurencji⁵⁸. Formalne, oparte na doktrynie ordoliberalnej, stosowanie zakazu nadużywania pozycji dominującej powodowało ryzyko zakazania praktyk, które mimo możliwości do zakwestionowania formy wywoływały w rzeczywistości skutki prokonkurencyjne⁵⁹.

Komisja Europejska podkreśliła wyraźnie w wytycznych z 2009 r., że celem stosowania art. 102 TfUE jest przeciwdziałanie zachowaniom najbardziej szkodliwym dla konsumentów, uniemożliwiając im czerpanie korzyści z efektywności i produktywności wynikającej ze skutecznej konkurencji między przedsiębiorcami⁶⁰. Stanowisko Komisji należy uznać za pierwsze wyraźne powołanie się na dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*) jako cel stosowania

⁵⁴ T. Skoczny, *W sprawie modernizacji stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej*, w: C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*, Warszawa 2005, s. 129.

⁵⁵ T. Skoczny, w: idem, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), op. cit., s. 619.

⁵⁶ Ordoliberalizm jest doktryną polityczną i ekonomiczną sformułowaną w latach 30. XX w. w Niemczech. Według jej przedstawicieli podstawowe znaczenie ma ochrona swobody przedsiębiorców i każde ograniczenie tej swobody może stanowić nadużycie pozycji dominującej. Za optymalną w każdym wypadku strukturę rynku uznawano sytuację, gdy działa na nim możliwie największa liczba przedsiębiorców – D. J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford 2001, s. 240.

⁵⁷ Wyrok ETS z 9 listopada 1983 r., C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1983, s. 3461, pkt 70.

⁵⁸ Wyrok ETS z 17 grudnia 2003 r., T-219/99, *British Airways plc przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-5925, pkt 241-248.

⁵⁹ *A Bundeskartellamt/Competition Law Forum Debate on Reform of Article 82: a „Dialectic” on Competing Approaches*, „European Competition Journal” 2006, July, s. 217 i 219.

⁶⁰ *Komunikat Komisji*, pkt 5.

tego zakazu, aczkolwiek dobrobyt konsumentów był wcześniej sporadycznie powoływany w orzecznictwie⁶¹.

Przyznanie naczelnej roli dobrobytowi konsumentów jako podstawie aksjologii stosowania art. 102 TfUE stanowi odejście od wpływu doktryny ordoliberalnej, skoncentrowanej wokół ochrony konkurencyjnej struktury rynku i ochrony konkurentów oraz stanowi wyraz wpływu doktryny postchicagońskiej, która podkreśla potrzebę przeprowadzenia analizy, czy antykonkurencyjne działania przedsiębiorców jednocześnie zwiększają ich efektywność. Ocena konkretnej praktyki powinna zatem polegać na ważeniu wywoływanych przez nią antykonkurencyjnych skutków z wynikającą z praktyki poprawą efektywności przedsiębiorcy oraz rynku, a nie na abstrakcyjnej analizie określonych typów praktyk⁶².

Racjonalizacja stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej wiąże się zatem z postulatem bardziej ekonomicznego podejścia (*more economic approach*), czyli bardziej gospodarczego (rynkowego) ujęcia praktyki, które uwzględnia skutki wywoływane przez konkretną praktykę dla rynku. Zwiększona rola ekonomii w stosowaniu zakazu nadużywania pozycji dominującej ma miejsce zarówno na poziomie faktycznym, jak i na poziomie normatywnym. Na poziomie faktycznym zwiększony wpływ ekonomii polega na stosowaniu w większym stopniu metod analizy ekonomicznej do oceny stanu faktycznego, w tym ustalenia rynku właściwego, pozycji przedsiębiorcy, wpływu praktyki na rynek itp. Natomiast na poziomie normatywnym zwiększona rola ekonomii polega na wpływie nauki ekonomii na definiowanie zakresu zastosowania normy zawierającej zakaz nadużywania pozycji dominującej⁶³, w tym poprzez wskazanie, że nie stanowią nadużycia działania prowadzące do wzrostu efektywności ekonomicznej.

W wyniku modernizacji stosowania art. 102 TfUE przez Komisję polska doktryna prawa konkurencji generalnie przyjęła dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*) za cel stosowania zakazu art. 9 ust. 1 u.o.k.k.⁶⁴ Stanowisko doktryny nie jest jednak jednolite i można spotkać pogląd, wywodzący się z dotychczasowej doktryny i orzecznictwa dotyczącego stosowania polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej, że celem tego zakazu jest ochrona instytucji konkurencji zapewniającej swobodę konkurencji nawet wtedy, gdy nie wiąże się to z maksymalizacją dobrobytu konsumentów⁶⁵.

W kwestii stosowania art. 9 u.o.k.k. brak ugruntowanego orzecznictwa, które wskazywałoby, że celem stosowania tego zakazu jest dobrobyt konsumen-

⁶¹ Wyrok ETS z 27 września 2006 r., T-168/01, *GlaxoSmithKlineServices Unlimited przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2006, s. II-2981, pkt 118.

⁶² E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford 2010, s. 44.

⁶³ D. J. Gerber, *The Future of Article 82: Dissecting the Conflict*, w: C. D. Ehlermann, M. Marquis, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford 2008, s. 48-49.

⁶⁴ D. Miasik, T. Skoczny, w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miasik (red.), op. cit., s. 53; E. Stawicki, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., s. 30; K. Kohutek, M. Sieradzka, op. cit., s. 42-45.

⁶⁵ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 15-16. Zdaniem autorów, argumentem za przyjęciem ww. stanowiska jest brzmienie art. 1 ust. 1 u.o.k.k. wymieniające wprost ochronę przedsiębiorców, istnienie w Polsce barier wejścia na liczne rynki, słabo ugruntowany oraz rozpowszechniony system prywatnego stosowania prawa antymonopolowego.

tów. Z jednej strony podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyroku z 19 października 2006 r. stosunkowo wyraźnie wskazał, że konkurencja prowadzi do podniesienia dobrobytu konsumentów jako środek optymalnego podziału dóbr między członków społeczeństwa⁶⁶. Sąd Najwyższy sformułował zatem dyrektywę uwzględniania wpływu zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na poziom dobrobytu konsumentów. Z drugiej strony należy jednak zauważyć orzeczenia Sądu Najwyższego uznające za nadużycie pozycji dominującej zachowanie mogące wpłynąć na strukturę rynku, polegające na zaatakowaniu konkurenta celem utrudnienia mu działalności i niebiorące pod uwagę wpływu praktyki na dobrobyt konsumentów⁶⁷.

Racjonalizacja zakazu zawartego w art. 9 u.o.k.k. musi opierać się na jasnej aksjologii. Doktryna prawa nie jest w tej kwestii jednolita, jednakże wydaje się akceptować propozycję Komisji, zgodnie z którą celem stosowania tego zakazu powinno być wyłączenie zakazywania praktyk godzących w dobrobyt konsumentów. Niepokój powinien budzić brak jednolitości orzecznictwa, które nadal nadmiernie podkreśla potrzebę ochrony konkurentów oraz konkurencyjnej struktury rynku, pomijając wpływ praktyki na dobrobyt konsumentów, podczas gdy cele te nie zawsze są spójne. Dostrzeżenie wyżej wspomnianych rozbieżności w orzecznictwie, zwłaszcza Sądu Najwyższego, oraz ich wyraźne rozstrzygnięcie na rzecz zmodernizowanego podejścia ma kluczowe znaczenie dla rozwoju orzeczniczych form racjonalizacji art. 9 u.o.k.k.

Uznanie, że celem prawa konkurencji jest dobrobyt konsumentów, nie rozwiąże jednak wszystkich problemów związanych z niejasną aksjologią zakazu nadużywania pozycji dominującej. Pojęcie dobrobytu konsumentów nie jest jednoznaczne i konieczne jest rozstrzygnięcie: 1) czy pojęcie konsumenta obejmuje tylko odbiorców ostatecznych, czy także przedsiębiorców będących bezpośrednimi nabywcami towarów dominanta; 2) czy pojęcie to obejmuje wyłącznie nadwyżkę konsumentów (*consumer surplus*), czy także nadwyżkę całkowitą, uwzględniającą wpływ na konsumentów i przedsiębiorców (*total surplus*)⁶⁸; 3) w jakim okresie należy analizować wpływ praktyki na dobrobyt konsumentów – w perspektywie krótkoterminowej czy długoterminowej. Podobnie pojęcie efektywności ekonomicznej może być rozumiane co najmniej na trzy sposoby – jako zapewnienie efektywności alokacyjnej, produkcyjnej oraz dynamicznej⁶⁹. Przykładowo odmowa dostaw może mieć negatywne skutki dla efektywności alokacyjnej, uniemożliwiając optymalną alokację zasobów między przedsiębiorców, jednakże może pozytywnie wpływać na efektywność dynamiczną, zachęcając dominanta do podejmowania wysiłków na rzecz wprowadzenia innowacji.

⁶⁶ Wyrok SN z 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007, nr 21-22, poz. 337.

⁶⁷ Wyrok SN z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9-10, poz. 144.

⁶⁸ Nadwyżka konsumentów stanowi różnicę między kwotą, jaką nabywcy są w stanie zapłacić za dany towar, a kwotą faktycznie przez nich płaconą. Nadwyżka całkowita obejmuje poza nadwyżką konsumentów także nadwyżkę producentów, która stanowi różnicę między kwotą, jaką producenci otrzymują za dany towar, a kosztami jego wytworzenia – A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford 2008, s. 13.

⁶⁹ R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 4-5.

Skomplikowany charakter stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej, będący skutkiem „bardziej ekonomicznego podejścia”, stanowi bardzo istotne wyzwanie dla organów antymonopolowych oraz sądów, ponieważ zauważalny jest brak zdolności sądów do rozróżniania powyższych pojęć⁷⁰, jak również podawana jest w wątpliwość zdolność sądów do oceny złożonych skutków wywoływanych przez konkretną praktykę⁷¹. Problemy z uwzględnieniem w praktyce celu prawa konkurencji, jakim jest dobrobyt konsumentów, są bardzo trudne do rozstrzygnięcia, jednakże samo rozstrzygnięcie, że dobrobyt konsumentów jest celem stosowania art. 9 u.o.k.k., będzie stanowiło wyraźne odejście od stosowania tego zakazu jedynie celem ochrony konkurencyjnej struktury rynku i swobody działania innych przedsiębiorców. Dobrobyt konsumentów nie pozostaje w całkowitej opozycji do zachowania konkurencyjnej struktury rynku oraz swobody dostępu do rynku. Stosowanie prawa konkurencji jedynie w celu zachowania konkurencyjnej struktury rynku może jednakże niekiedy prowadzić do zakazywania praktyk prowadzących do poprawy efektywności rynku oraz zwiększenia dobrobytu konsumentów, jedynie z tego powodu, że szkodzą one konkurentom, nawet jeżeli są oni nieefektywni. Brak takiej wyraźnej deklaracji co do aksjologii art. 9 u.o.k.k., zwłaszcza ze strony Sądu Najwyższego, może wyraźnie utrudniać rozwój racjonalizacji stosowania tego zakazu.

V. POSZCZEGÓLNE WYJĄTKI ORZECZNICZE RACJONALIZUJĄCE ZAKAZ NADUŻYWANIA POZYCJI DOMINUJĄCEJ

Komisja Europejska, przedstawiając zmodernizowane podejście do stosowania art. 102 TfUE, wyróżniła dwa podstawowe sposoby racjonalizacji tego zakazu: obiektywne uzasadnienie praktyki (ang. *objective justification*, niem. *objektiv Rechtfertigung*, fr. *objective justification*)⁷² oraz wykazanie efektywności z niej wynikających (ang. *efficiencies*, niem. *Effizienzvorteile*, fr. *gains d'efficacité*)⁷³. Wytyczne z 2009 r. nie zawierają analizy obiektywnego uzasadnienia i jedynie je wymieniają, jednakże poprzedzając ich wydanie dokument dyskusyjny rozróżnił w ramach obiektywnego uzasadnienia obiektywną konieczność związaną z występowaniem czynników zewnętrznych w stosunku do przedsiębiorcy (ang. *objective necessity defence*, niem. *objektive Notwendigkeit*, fr. *nécessité objective*) oraz konieczność sprostania konkurencji (ang. *meeting competition defence*, niem. *Abwehrreaktion*, fr. *faire face à la concurrence*), która stanowi reakcję na działania innych przedsiębiorców, prowadzącą do minimalizacji straty i która ograniczona jest do praktyk cenowych⁷⁴.

⁷⁰ B. Y. Orbach, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, „Journal of Competition Law & Economics” 2010, nr 7 (December), s. 161.

⁷¹ F. H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, „Texas Law Review” 63, 1984 s. 5-6.

⁷² Komunikat Komisji, pkt 28-29.

⁷³ Komunikat Komisji, pkt 30.

⁷⁴ *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, December 2005, par 80-83.

Obiektywne uzasadnienie może mieć miejsce w konkretnych przypadkach, gdy działanie dominanta posiada zdolność do wykluczenia konkurentów z rynku, jednakże wynika ono z przyczyn o charakterze zewnętrznym, takich jak: działalność organów państwa, działanie sił natury, działanie konkurentów pozostających w zmowie. W takich sytuacjach istnieje zewnętrzne uzasadnienie praktyk podejmowanych przez przedsiębiorcę, który ma prawo, w granicach zasady proporcjonalności, do ochrony własnych interesów. Wyjątek związany z wykazaniem efektywności wynikających z praktyki może dotyczyć na przykład sytuacji, w której na skutek wiązania produktów przez dominanta wyeliminowany zostanie jeden z kilku konkurentów, posiadający znikomy udział w rynku (struktura rynku nie ulegnie zatem istotnej zmianie i pozostanie na nim pewna konkurencja), a konsumenci odniosą wyraźne korzyści wynikające z praktyki (np. polegające na obniżeniu cen towarów).

Możliwość uzasadnienia zachowania dominanta na podstawie obiektywnego uzasadnienia została bardzo wcześniej zauważona zarówno w orzecznictwie UE, a także w orzecznictwie polskim, dlatego istnieją wyraźne podstawy stosowania i rozwoju tego wyjątku. Na przełomie lat 70. i 80. XX w. w orzecznictwie ETS dostrzeżono możliwość obiektywnego uzasadnienia praktyki zarówno na podstawie wykazania obiektywnej konieczności⁷⁵, jak również poprzez wykazanie potrzeby ochrony interesów gospodarczych dominanta⁷⁶. Polskie orzecznictwo uznało możliwość obiektywnego uzasadnienia stosowanej przez dominanta praktyki z ważnych powodów⁷⁷ oraz obrony przed zarzutem nadużywania pozycji dominującej ochroną własnych interesów ekonomicznych⁷⁸. Za jeden z pierwszych przykładów racjonalizacji orzeczniczej polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej można uznać wyrok Sądu Antymonopolowego z 5 września 1991 r., w którym stwierdzono, że mimo braku wyraźnego przepisu dominant może powołać się na działanie w granicach obrony koniecznej⁷⁹. Poza wskazaniem przesłanki proporcjonalności ani europejskie, ani polskie orzecznictwo nie określiło wyraźnie przesłanek zastosowania obiektywnego uzasadnienia. W konsekwencji, mimo stosunkowo solidnego ugruntowania w orzecznictwie, wymaga ono dalszego rozwoju.

W przeciwieństwie do obiektywnego uzasadnienia istotne wątpliwości budzi zaproponowany przez Komisję Europejską drugi wyjątek orzeczniczy w ramach racjonalizacji art. 102 TfUE, polegający na wykazaniu, że korzyści dla dobrobytu konsumentów wynikające z praktyki przeważają nad skutkami antykonkurencyjnymi⁸⁰. Na pełną aprobatę zasługuje postulat uwzględnienia w ramach

⁷⁵ Wyrok ETS z 3 października 1985 r., C 311/84, *Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) przeciwko SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicitè Benelux (IPB)*, Zb. Orz. 1985, s. 3261, pkt 27.

⁷⁶ Wyrok ETS z 14 lutego 1978 r., C 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 1978, s. 207, pkt 189-190.

⁷⁷ Wyrok SN z 14 listopada 2008 r., III SK 9/08, Lex, nr 479321; wyrok SN z 2 kwietnia 2009 r., III SK 19/08, OSNP 2010, nr 19-20, poz. 252.

⁷⁸ Wyrok SN z 15 lipca 2009 r., III SK 34/08, OSNP 2011, nr 7-8, poz. 117.

⁷⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 5 września 1991 r., XVII Amr 7/91, „Wokanda” 1992, nr 5, poz. 39.

⁸⁰ *Komunikat Komisji*, pkt 30. Komisja uzależnia uwzględnienie efektywności od spełnienia 4 warunków: 1) wzrost efektywności spowoduje osiągnięcie określonych korzyści, 2) nie istnieją

racjonalizacji stosowania art. 102 TfUE korzyści wynikających z analizowanej praktyki, co znajduje oparcie w nowszym orzecznictwie ETS⁸¹. Natomiast Wątpliwości budzą zaproponowane przez Komisję przesłanki zastosowania tego wyjątku, które są wyraźnie wzorowane na art. 101 ust. 3 TfUE, przewidującym możliwość wyłączenia indywidualnych porozumień ograniczających konkurencję. Sposób ukształtowania tych przesłanek był przedmiotem krytyki, i to zarówno pod kątem materialnego ich doboru, jak i pod kątem formalnym. Uznano nawet, że Komisja *de facto* dokonała zmiany traktatu, dodając odpowiednik art. 101 ust. 3 TfUE do zakazu nadużywania pozycji dominującej⁸².

W polskim prawie konkurencji przed 2000 r. istniała możliwość racjonalizacji zakazu nadużywania pozycji dominującej na podstawie przesłanek określonych w art. 6 u.p.p.m. poprzez wykazanie, że praktyka była niezbędna ze względów techniczno-organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej, ale nie powodowała istotnego ograniczenia konkurencji. Likwidację możliwości zastosowania reguły rozsądku do zakazu nadużywania pozycji dominującej postrzegano jako następny krok w harmonizacji prawa polskiego z art. 102 TfUE⁸³. Nie zasługuje na aprobatę twierdzenie, że art. 9 u.o.k.k. winien mieć surowszy charakter aniżeli zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, ponieważ praktyki stanowiące nadużywanie pozycji dominującej nie przynoszą żadnych pozytywnych efektów gospodarczych, co z kolei uzasadnia brak wprowadzenia reguły rozsądku w odniesieniu do tego zakazu⁸⁴. Przytoczony argument jest niezgodny z „bardziej ekonomicznym podejściem” oraz postulatem analizy skutków wywoływanych przez konkretną praktykę, a nie jedynie ich oceną *in abstracto*. Przewidziana w art. 8 ust 1 u.o.k.k. reguła rozsądku może znaleźć zastosowanie do teoretycznie najpoważniejszych porozumień horyzontalnych⁸⁵, z drugiej strony oczywisty jest fakt, iż niektóre praktyki dominantów (np. wiązanie produktów), mogą działać antykonkurencyjnie i pozytywnie wpływać a dobrobyt konsumentów.

Efektywności wynikające z antykonkurencyjnych zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą powinny być uwzględniane w badaniu, czy doszło do naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej. Ze względu na kontrowersje wokół przesłanek zaproponowanych przez Komisję oraz fakt, iż

alternatywne, mniej antykonkurencyjne sposoby osiągnięcia tych korzyści, 3) korzyści przeważają nad negatywnymi skutkami dla konkurencji i dobra konsumentów, 4) zachowanie nie prowadzi do eliminacji wszystkich lub większości źródeł faktycznej lub potencjalnej konkurencji.

⁸¹ Wyrok ETS z 15 marca 2007 r., C-95/04 P, *British Airways plc przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. I-2373, pkt 86.

⁸² P. Behrens, *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania instrumentów ekonomicznych w prawie kartelowym*, w: C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 65.

⁸³ T. Skoczny, *Harmonisation of the Polish Antimonopoly Law with the EC Competition Rules*, w: idem (red.), *Harmonisation of the Polish Antimonopoly Law with Competition Rules of the European Communities. Summary and Recommendations*, Warszawa 1997, s. 104.

⁸⁴ K. Kohutek, M. Sieradzka, op. cit., s. 349.

⁸⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 4 listopada 2011, nr RKT 33/2011.

wyjątek związany z uwzględnieniem efektywności wynikających z praktyki nie znalazł odzwierciedlenia w polskim orzecznictwie⁸⁶, niezmiernie trudne będzie sformułowanie szczegółowych przesłanek przeprowadzenia ważenia antykonkurencyjnych oraz prokonkurencyjnych skutków określonej praktyki dominanta. W odróżnieniu od obiektywnego uzasadnienia zastosowanie wyjątku związanego z uwzględnieniem efektywności wynikających z praktyki dominanta budzi ogromne wątpliwości, które nie zostaną zapewne szybko rozwiązane przez orzecznictwo zarówno na poziomie europejskim, jak i polskim⁸⁷.

Jednym z możliwych rozwiązań powyższego problemu jest powrót do ustawowo określonych przesłanek racjonalizacji art. 9 u.o.k.k. pod warunkiem, że ustawodawca będzie w stanie je określić w sposób nie tylko zgodny z aksjologią tego zakazu, lecz także umożliwiający stosowanie tego zakazu. Wskazane jest zatem, by wprowadzenie zmian ustawowych poprzedzało ukształtowanie się co najmniej pewnego orzecznictwa dotyczącego tego wyjątku. Dlatego do pewnego stopnia nie dziwi fakt, że w ramach proponowanej nowelizacji u.o.k.k. nie zdecydowano się jeszcze na zmianę przepisu dotyczącego nadużywania pozycji dominującej⁸⁸. Docelowo, jak wskazano w punkcie II artykułu, powrót do apriorycznego wyłączenia obowiązywania tego zakazu w ustawowo określonych warunkach stanowiłby bardziej trafny mechanizm relatywizacji art. 9 u.o.k.k. niż następce (*ex post*) stosowanie wyjątków orzeczniczych, zapewniających mniejszą pewność prawną.

dr hab. Eryk Kosiński

Profesor Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

mgr Daniel Wojtczak

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ADMISSIBILITY AND MEANS OF RELATIVISATION OF THE PROHIBITION OF THE ABUSE OF A DOMINANT POSITION IN POLAND

Summary

First, the paper presents two basic models of the competition law regulation: a system based on prohibition and a system based on so-called control of abuse, and their historical development internationally. In principle, the model based on the prohibition principle relies on an absolute prohibition of certain practices that restrain competition (*per se*). The other model relies on *ex ante* state control of the economic activity, with the state's intervention into this activity when the competition on the market is distorted, hindered or threatened. In the system based on prohibition it is necessary to develop certain mechanisms that will make prohibitions relative. This necessity arises from the economic as well as socio-political circumstances. The legal means of relativisation may be divided into measures used in advance (*ex ante*) and measures used subsequently (*ex post*).

⁸⁶ T. Skoczny, w: idem, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), op. cit., s. 623.

⁸⁷ Za przedwczesne należy zatem uznać twierdzenie, że ekonomiczne podejście oraz sięganie do reguły rozsądku w odniesieniu do zakazu nadużywania pozycji dominującej są skutecznie realizowane w polskim prawie konkurencji – tak C. Banasiński, E. Piontek (red.), op. cit., s. 236.

⁸⁸ Zmian takich nie zawiera projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przedstawiony przez Prezesa UOKiK do konsultacji społecznych 16 maja 2012 r. (dostępny na: www.uokik.gov.pl).

Neither Polish nor European Competition Law provides for the possibility of making the prohibition of the abuse of a dominant position relative *ex ante*, therefore relativisation is feasible only by acts of the application of law by the state competition authorities, or relevant courts. The paper identifies axiological grounds for relativisation, and describes its different legal means which include, *inter alia*, all judicial doctrines. Some of those doctrines have foundations in the historical application of the prohibition of an abuse of a dominant position, while introducing some others seems to require a legislative action. Accordingly, certain solutions *de lege ferenda* are proposed.